

LA CONCURRENCE DELOYALE

RAPPORT LUXEMBOURGEOIS

par

Myriam PIERRAT

Avocat à la Cour

L'auteur, membre du groupe luxembourgeois de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, a rédigé ce rapport dans le cadre des Journées marocaines sur la concurrence qui se sont tenues à Casablanca et à Fez du 18 au 22 septembre 2006. Ce rapport sera également publié courant 2008 dans le volume des Travaux des Journées marocaines - Tome LVI (année 2006) par l'association française.

LA CONCURRENCE DELOYALE RAPPORT LUXEMBOURGEOIS

par

Myriam PIERRAT

Avocat à la Cour

INTRODUCTION

Etat membre co-fondateur de la Communauté européenne, le Grand-Duché de Luxembourg est, à l'instar des autres Etats fondateurs de la Communauté, un pays à économie libérale dont certains secteurs, considérés comme stratégiques, restent réglementés.

La liberté d'expression et la liberté du commerce y sont garanties par la Constitution (articles 24 et 11, alinéa 6, respectivement). Mais, pour l'une comme pour l'autre, des restrictions sont admises. La concurrence est donc libre pour autant qu'elle ne soit pas abusive ou déloyale.

Et si on peut estimer que les principes de liberté du commerce et du libre jeu des marchés ne sont pas nécessairement compatibles avec une réglementation de la concurrence déloyale, on peut aussi soutenir que les uns ne vont pas sans l'autre, la liberté ne pouvant être garantie que si sa mise en œuvre est encadrée. Ce sont là querelles philosophiques qu'il est difficile de trancher.

La caractéristique principale du Luxembourg tient, en fait, surtout à sa taille. Avec une superficie de 2.586 km² et une population de 450.000 habitants, "coincé" entre l'Allemagne, la France et la Belgique, il a bien fallu qu'il s'adapte.

En matière de concurrence, sa politique, pendant longtemps, n'a pas été de laisser à ses commerçants la possibilité de s'exprimer par des méthodes promotionnelles basées sur des publicités agressives mais plutôt de leur permettre de se défendre contre celles des commerçants des pays voisins.

Cette approche a fondamentalement changé avec la loi du 30 juillet 2002 *réglementant certaines pratiques commerciales, sanctionnant la concurrence déloyale et transposant la Directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative* (ci-après "la Loi").

Selon le législateur, *"une révision des dispositions relatives aux pratiques commerciales s'est avérée nécessaire dans l'optique d'une modernisation de la législation eu égard à l'évolution des pratiques de commerce et des nouvelles techniques de vente, des réflexions actuelles dans les pays limitrophes en ce qui concerne les ventes promotionnelles, les ventes avec prime et les soldes ainsi que des travaux du groupe de travail de la Commission Européenne sur les communications*

commerciales. En effet, il est impératif que notre marché, de taille réduite, situé au cœur d'une grande région économique et donc particulièrement sensible aux offres de biens et de services de ses proches voisins, puisse soutenir la concurrence étrangère en bénéficiant d'une réglementation qui tient compte de la libéralisation de certaines pratiques de commerce en cours de réalisation à nos frontières. La présente loi a donc pour objet de protéger les intérêts du public en général et ceux des personnes exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en particulier, contre des actes de concurrence déloyale et d'établir des conditions dans lesquelles certaines pratiques commerciales sont licites"¹.

"Il est essentiel de libérer les commerçants luxembourgeois d'une série de contraintes et de prohibitions qui ne sont plus justifiées dans le contexte économique actuel et qui constituent un désavantage commercial pour des opérateurs luxembourgeois face à la concurrence des autres pays européens. Cela est d'autant plus vrai au regard de la taille réduite du marché luxembourgeois qui est situé au cœur d'une grande région économique et qui est donc particulièrement sensible aux offres de biens et services de ses proches voisins. Il faut donc tenir compte du mouvement de libéralisation de certaines pratiques commerciales qui est en cours de réalisation à nos frontières.

Il n'en reste pas moins la nécessité de maintenir un juste équilibre entre les intérêts des commerçants et les intérêts du public en général. Voilà pourquoi il est indispensable de maintenir également les garanties et les mesures nécessaires pour assurer une protection suffisante du consommateur"².

Alors qu'historiquement, les évolutions rencontrées dans les pays voisins avaient plutôt eu pour effet de provoquer une réaction du législateur allant dans le sens de la prohibition, l'Europe et son influence le conduisent maintenant à s'adapter en s'ouvrant aux solutions des voisins. Aujourd'hui, on ne bride plus la concurrence, on la stimule.

Cela ne signifie pas évidemment pas que tout devient possible. On ne peut protéger le consommateur et le commerçant que dans le respect de certaines règles de base. La loyauté, l'obligation d'information, dont les fondements sont à rechercher dans la responsabilité civile, en font partie.

Mais la véritable référence est l'honnêteté.

La définition de la concurrence déloyale, posée par l'article 10bis de la Convention d'Union de Paris ("*acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale*"), a en effet été reprise et complétée par la Loi – et par les lois qui l'ont précédée. Celle-ci dispose:

"Commet un acte de concurrence déloyale toute personne qui exerce une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale qui, par un acte contraire soit aux usages honnêtes en matière commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, soit à un engagement contractuel, enlève ou tente d'enlever à ses concurrents ou à l'un d'eux une partie de leur clientèle ou porte atteinte ou tente de porter atteinte à leur capacité de concurrence" (article 14).

¹ Doc. parl. 4844, Exposé des motifs, p. 8

² Avis de la Commission des classes moyennes, du tourisme et du logement, Doc. parl. 4844⁷, p. 3

PREMIERE PARTIE

FORMES DE LA CONCURRENCE DELOYALE ET CHAMP D'APPLICATION

A. FORMES ET ELEMENTS CONSTITUTIFS DE "PUBLICITE TROMPEUSE"

1. Formes, techniques, pratiques de publicité trompeuse / concurrence déloyale

La Loi dispose d'une manière générale que :

"Est interdite toute publicité favorisant un acte qui contrevient aux dispositions de la présente loi" (article 16),

étant précisé qu'elle règlemente les pratiques commerciales que sont les ventes en solde, les ventes sous forme de liquidation, les ventes sur trottoir et les ventes aux enchères publiques de biens neufs, qu'elle range parmi les actes susceptibles d'être considérés comme des "*abus de concurrence*" la vente à perte, les loteries, jeux-concours et tombolas publicitaires et la vente en chaîne, et qu'elle définit ainsi l'acte de concurrence déloyale:

"Commet un acte de concurrence déloyale toute personne qui exerce une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale qui, par un acte contraire soit aux usages honnêtes en matière commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, soit à un engagement contractuel, enlève ou tente d'enlever à ses concurrents ou à l'un d'eux une partie de leur clientèle ou porte atteinte ou tente de porter atteinte à leur capacité de concurrence" (article 14).

Pour ce qui est plus spécialement de la publicité trompeuse, la Loi précise ceci:

"Est interdite toute publicité trompeuse. Aux fins de la présente loi, on entend par "publicité trompeuse" : toute publicité qui d'une manière quelconque, y compris sa présentation, induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur est susceptible d'affecter leur comportement économique ou qui, pour ces raisons, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent" (article 17, alinéa 1^{er}).

On le voit, donc, la Loi se contente de donner une définition générale de la publicité déloyale et de la publicité trompeuse mais ne dresse pas de liste "officielle" de formes, techniques, pratiques etc... considérées comme "absolument et catégoriquement" associées à une publicité trompeuse constitutive de concurrence déloyale.

L'ancien texte (la loi modifiée du 27 novembre 1986), lui, interdisait expressément certains actes qu'il qualifiait d'actes de concurrence déloyale. Mais si la Loi ne le fait plus, le législateur a, dans son exposé des motifs, donné des indications plus précises sur ce qu'il fallait entendre par acte de concurrence déloyale:

"La définition de l'acte de concurrence déloyale est reprise de la législation précédente, seule innovation, elle s'applique désormais également à une personne exerçant une profession libérale car la directive sur la publicité trompeuse et sa modification en vue d'y inclure la publicité comparative visent également les professions libérales. Cependant, il ne faut pas y voir une

tentative d'assimilation des professions libérales aux professions commerciales au sens large. Cette extension ne préjuge en rien des interdits, obligations et discipline auxquels sont soumises les professions libérales de par des législations spéciales ou de leur déontologie.

Cette définition de l'acte de concurrence déloyale a été jugée suffisamment claire pour pouvoir dans un souci de simplification du texte supprimer l'énumération exemplative de la législation précédente.

Dans cette définition très large peuvent rentrer non seulement tous les cas énumérés antérieurement, mais également par exemple le fait d'entraver la liberté de décision de la clientèle en usant de méthodes particulièrement agressives comme le prévoit une disposition de la loi fédérale suisse contre la concurrence déloyale, ainsi que des infractions relevant d'autres législations et constituant également des actes de concurrence déloyale comme par exemple le dumping social. Commet donc un acte de concurrence déloyale par exemple celui qui:

- a) dans l'intention de faire naître dans le public la croyance qu'il vend ses marchandises ou fournit ses services à des conditions particulièrement favorables, aura annoncé publiquement sur la nature, l'origine, le mode de fabrication ou de production, la quantité, le prix ou la provenance des marchandises en magasin, sur la possession de récompenses industrielles ou de distinctions honorifiques quelconques, ou enfin sur le but et les motifs de la vente ou de la prestation de services, des indications fausses propres à tromper l'acheteur ou le destinataire de services;*
- b) ayant fait une offre spéciale particulièrement avantageuse, ne dispose pas du stock nécessaire pour couvrir au moins pendant une journée entière la demande accrue et la vente continue du ou des produits offerts à des prix réduits;*
- c) appose, laisse ou fait apposer sur des produits naturels ou fabriqués ou transportés en vue de la vente, mis en vente ou vendus, ou sur les emballages, caisses, ballots, enveloppes, boîtes, étiquettes, une marque de fabrique ou de commerce, un nom, un signe ou une indication quelconque, de nature à faire croire que les produits ont une origine ou une provenance autre que leur véritable origine ou provenance;*
- d) fait croire à une origine ou à une provenance inexacte desdits produits soit par une addition, un retranchement ou une altération quelconque d'une marque, d'une dénomination ou d'une étiquette, soit par des annonces, brochures, circulaires, prospectus ou affiches, soit par la production de factures ou de certificats d'origine ou de provenance, soit par tout autre moyen;*
- e) crée ou tente de créer la confusion entre sa personne, son établissement, ses produits ou ses services et la personne, l'établissement, les produits ou les services d'un concurrent;*
- f) répand des imputations fausses sur la personne, l'entreprise, les marchandises, les services ou le personnel d'un concurrent;*

g) donne des indications inexactes sur sa personnalité commerciale ou artisanale, sur son industrie ou ses dessins, marques, brevets, références, distinctions, sur la nature de ses produits, de ses marchandises ou de ses services, sur les conditions de leur fabrication, leur origine, leur provenance, leur qualité ou leur prestation;

h) fait un usage non autorisé ou provoque à un tel usage de modèles, échantillons, combinaisons techniques, formules d'un concurrent et, en général, de toutes indications ou de tous documents confiés en vue d'un travail, d'une étude ou d'un devis;

i) fait un emploi non autorisé du matériel d'un concurrent, de l'emballage, des récipients de ses produits, même sans intention de s'en attribuer la propriété ni de créer une confusion entre les personnes, les établissements ou les produits;

j) se prévaut dans les ventes ou offres de ventes au dernier consommateur, de sa qualité de négociant en gros, à moins que la vente ne se fasse effectivement au prix de gros ou qu'il ne ressorte clairement que le prix demandé au consommateur est supérieur au prix de gros;

ou se prévaut, dans les ventes ou offres de ventes au dernier consommateur de sa qualité de producteur, à moins que la vente ne se fasse effectivement au prix du producteur ou qu'il en ressorte clairement que le prix demandé au consommateur est supérieur au prix de fabrication; cette disposition ne s'applique pas au producteur qui vend exclusivement au dernier consommateur;

ou utilise la dénomination de "magasin d'usine" ou de "factory outlet" ou toute autre dénomination pouvant faire croire que le point de vente au consommateur final soit exploité directement par le fabricant, si ce dernier ne vend pas des articles de sa propre production, sans aucun intermédiaire"³.

Pour ce qui est plus spécialement de la publicité déloyale, reste donc sanctionnable celui qui s'est rendu coupable des actes visés aux points a) ("*... aura annoncé publiquement...*"), d) ("*... par des annonces, brochures, circulaires, prospectus ou affiches...*"), ou g) ("*...donne des indications inexactes...*").

A ces pratiques publicitaires s'ajoutent celles qui favorisent les actes de concurrence déloyale expressément visés dans l'énumération du législateur ainsi que ceux entrant dans la définition générale de l'article 14.

Si le droit de critiquer existe au Luxembourg, la critique autorisée peut devenir du dénigrement et, dès lors, se trouver interdite. Le législateur considère comme coupable d'un acte de concurrence déloyale celui qui "*répand des imputations fausses sur la personne, l'entreprise, les marchandises, les services ou le personnel d'un concurrent*".

Il en est de même lorsque la critique tourne à l'insulte du concurrent. La jurisprudence, par exemple, a considéré que le fait de qualifier son concurrent de menteur constituait

³ Doc. parl. 4844, Exposé des motifs, p. 17

*"un acte particulièrement grave et hautement contraire aux usages honnêtes en matière commerciale"*⁴.

Quand elle n'aboutit pas à un dénigrement du concurrent, précisément, et à certaines autres conditions, la publicité comparative est permise. Selon l'article 18 de la Loi,

"(1) Aux fins de la présente loi, on entend par "publicité comparative" : toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent.

(2) Pour autant que la comparaison est concernée, la publicité comparative est licite dès lors que les conditions suivantes sont satisfaites :

- a) elle n'est pas trompeuse au sens de l'article 17 de la présente loi;*
- b) elle compare des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif*
- c) elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, dont le prix peut faire partie;*
- d) elle n'engendre pas de confusion sur le marché entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur, et ceux d'un concurrent;*
- e) elle n'entraîne pas le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activités ou situation d'un concurrent;*
- f) pour les produits ayant une appellation d'origine, elle se rapporte dans chaque cas à des produits ayant la même appellation;*
- g) elle ne tire pas indûment profit de la notoriété attachée à une marque, à un nom commercial ou à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou de l'appellation d'origine de produits concurrents;*
- h) elle ne présente pas un bien ou un service comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service portant une marque ou un nom commercial protégé.*

(3) Toute comparaison faisant référence à une offre spéciale doit indiquer de manière claire et non équivoque la date à laquelle l'offre spéciale prend fin ou, le cas échéant, le fait qu'elle vaut jusqu'à épuisement des biens et services et, si l'offre spéciale n'a pas encore commencé, la date du début de la période pendant laquelle un prix spécial ou d'autres conditions spécifiques sont applicables".

Si cette possibilité est nouvelle, signalons que le juge luxembourgeois n'a pas attendu l'adoption de la Loi pour l'admettre. Il avait en effet déjà, dans une affaire opposant

⁴ Réf. Com. Lux, 04.05.90, S.à r.l Librairie Ernster contre S.à r.l Le bon livre, Pas. XXVIII, *La concurrence déloyale en jurisprudence luxembourgeoise*, n° 79

l'Entreprise des Postes et Télécommunications – organisme chargé par l'Etat d'un service d'intérêt public – à une société fournissant des services de téléphonie mobile, décidé qu'il y avait lieu de donner un effet direct aux dispositions claires, précises et inconditionnelles de la directive 97/55/CE relative à la publicité comparative et d'exclure l'application des dispositions prohibitives de la loi luxembourgeoise au litige qui lui était soumis⁵.

Il est difficile de répondre à la question de savoir si la concurrence parasitaire est une forme de concurrence déloyale prohibée sans une définition claire de la notion. Or, si, en France, Philippe le Tourneau s'est ingénié à donner une définition précise des *agissements parasites*⁶ qui semble reprise par la jurisprudence, il n'a pas pu le faire de la concurrence parasitaire, dont il estime qu'elle est quasiment impossible à distinguer de la concurrence déloyale et qu'elle ne semble utilisée par les juges que dans des circonstances de fait "*particulièrement choquantes*", les magistrats attachant "*plus ou moins consciemment une sorte de flétrissure morale à l'emploi du terme "parasitaire"*"⁷.

Le Luxembourg, qui s'inspire, en ce domaine du parasitisme, des solutions appliquées en France⁸ n'a pas, à notre connaissance, et outre l'insertion dans la Loi d'une référence expresse à un tel acte (article 18, 2, g) cité plus haut), été plus innovant sur la question.

D'une manière générale, nous avons vu que la Loi prohibait l'"*acte contraire soit aux usages honnêtes en matière commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, soit à un engagement contractuel*". Ainsi, si une publicité trompeuse ou toute autre forme de concurrence déloyale est en général la manifestation d'une action, rien n'empêche qu'elle résulte également d'une omission si cette omission peut être considérée comme contraire aux usages honnêtes en matière commerciale ou à un engagement contractuel.

2. Eléments constitutifs d'une publicité trompeuse

Pour être constitutive de concurrence déloyale, une publicité trompeuse doit porter sur les caractéristiques des biens ou services telles que leur disponibilité, leur nature, leur exécution, leur composition, le mode et la date de fabrication ou de prestation, leur caractère approprié, leurs utilisations, leur quantité, leurs spécifications, leur origine géographique ou commerciale ou les résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, ou les résultats et les caractéristiques essentiels des tests ou contrôles effectués sur les biens ou les services.

⁵ Ordonnance du 25 avril 2001 dans l'affaire Entreprise des Postes et Télécommunications c/ M. e.a., inédite

⁶ "*Quiconque, à titre lucratif et de façon injustifiée, s'inspire sensiblement ou copie sans nécessité absolue une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un effort intellectuel et d'investissements, commet un agissement parasitaire fautif. Car cet acte, contraire aux usages du commerce, notamment en ce qu'il rompt l'égalité entre les divers intervenants, même non concurrents et sans risque de confusion, fausse le jeu normal du marché et provoque ainsi un trouble commercial. Celui-ci est, en soi, un préjudice certain dont la victime peut demander en justice la cessation et/ou la réparation, lorsqu'elle ne dispose pas d'une autre action spécifique et qu'elle n'a pas bénéficié d'un droit privatif ayant expiré (sauf en matière de signes)*", le Tourneau et Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2000, n° 6092

⁷ Ouvrage précité, n° 6095

⁸ Cour d'appel, 20 février 2001, rôle n° 24200, Cour d'appel, 26 février 2002, Pas. XXXII, p. 220

La publicité trompeuse peut porter sur le prix ou son mode d'établissement et les conditions de fourniture des biens ou des prestations de service. Elle peut porter également sur la nature, les qualités et les droits de l'annonceur, tels que son identité et son patrimoine, ses qualifications et ses droits de propriété industrielle, commerciale ou intellectuelle ou les prix qu'il a reçus ou ses distinctions (article 17, alinéa 2, de la Loi).

L'article 19 de la Loi prévoit que

"Peut seul être mis en cause du chef d'un manquement aux dispositions des articles 16, 17 et 18, l'annonceur de la publicité incriminée. Toutefois, au cas où ce dernier ne serait pas domicilié au Grand-Duché du Luxembourg ou n'aurait pas désigné une personne responsable ayant son domicile au Grand Duché de Luxembourg, l'action en cessation peut également être intentée à charge de l'éditeur, de l'imprimeur ou du distributeur de la publicité incriminée, ainsi que de toute personne qui contribue à ce qu'elle produise ses effets".

A défaut de précisions dans la Loi, cet annonceur peut aussi bien être une personne physique qu'une personne morale. Il convient toutefois de noter que les sanctions pénales applicables en vertu de la Loi ne peuvent être appliquées à l'annonceur personne morale puisqu'il n'est pas encore admis, au Grand-Duché de Luxembourg, que les personnes morales puissent être déclarées pénalement responsables. Cela ne saurait toutefois tarder, un projet de loi sur la responsabilité pénale des personnes morales étant actuellement en discussion.

Peu importe que l'annonceur soit établi au Luxembourg ou à l'étranger pour être poursuivi. La Loi précise simplement que dans cette seconde hypothèse, il reste loisible à celui qui poursuit de mettre en cause l'éditeur, l'imprimeur, le distributeur de la publicité incriminée ou toute personne qui contribue à ce qu'elle produise ses effets.

La Loi permet que l'action en cessation à l'encontre du commerçant indélicat soit intentée *"à la requête de toute personne, d'un groupement professionnel ou d'une association de consommateurs représentée à la commission des prix"* (article 23).

D'une manière générale, il faut, pour agir en justice, avoir un intérêt légitime, né et actuel.

"Le droit à l'origine d'une action ne doit pas nécessairement être un droit subjectif défini, tel que le droit de propriété ou de créance; il suffit qu'une atteinte soit portée aux intérêts légitimes de quelqu'un. Tel est le cas en matière de concurrence déloyale où le commerçant n'invoque pas de droit subjectif, mais se plaint d'une façon générale des procédés dépassant les limites tracées par la législation en vigueur.

Une association sans but lucratif est dès lors habilitée à agir si, dans ses statuts, elle s'est donnée comme but la défense des intérêts professionnels, matériels et moraux de ses membres et de la profession commerciale en général et si, afin de réaliser cet objectif, elle a décidé de mettre en œuvre tous les moyens appropriés lorsque les intérêts de ses membres sont lésés ou simplement compromis"⁹.

Mais si elle est initiée à la requête d'un commerçant, l'action n'est recevable que si celui-ci se trouve en relation de concurrence avec le défendeur, étant précisé que *"la*

⁹ Trib. Lux, 29 janvier 2003, inédit, LJUS n° 99843761

*concurrence est un état de fait qui se présente seulement lorsque deux commerçants, industriels ou artisans présentent directement à tout ou partie d'une même clientèle, pour la satisfaction des mêmes besoins de celle-ci, des services ou des produits comparables entre eux*¹⁰ et que la notion de concurrence doit être interprétée dans un sens large¹¹.

Pour ce qui est des groupements professionnels et associations de consommateurs, la relation concurrentielle n'est, évidemment, pas exigée. Mais il a fallu une intervention de la Cour de cassation pour que les choses soient claires.

Dans une affaire opposant l'association Fédération des Exploitants de Stations-Services du Grand-Duché de Luxembourg à une société Jac Store Sàrl, ayant pour objet le commerce et la distribution de carburants, d'équipements et de produits d'entretien pour véhicules automobiles, la présidente du tribunal de commerce, confirmée par la Cour d'appel, avait statué en ce sens qu'*"il ne suffit pas pour engager une action en concurrence déloyale qu'une association sans but lucratif justifie que ses statuts lui confèrent le droit "de conseiller et de défendre sur le plan national ou international par tous les moyens jugés adéquats les intérêts communs professionnels, économiques et sociaux de ses membres et des métiers dont ils ressortent; "...et que la Fédération peut accomplir tous les actes se rapportant directement ou indirectement à son objet", il faut encore, en matière de concurrence déloyale, qu'elle prouve qu'elle est en relation concurrentielle avec le défendeur auquel elle reproche un acte de concurrence déloyale"*.

La Cour de cassation, saisie, a, à juste titre, décidé *"qu'en érigeant l'existence d'une relation concurrentielle entre la Fédération et la sàrl Jac Store en condition de qualité pour agir dans le chef du groupement professionnel, les juges du fond ont ajouté à la loi et ainsi violé la disposition légale visée [l'article 23 de la Loi]"*¹².

Pour exercer l'action en concurrence déloyale, il suffit de prouver un risque de préjudice.

Pour la jurisprudence, ce risque de préjudice existe en fait lorsque deux sociétés exercent exactement la même activité, même si elles ne le font pas sur la même partie du territoire luxembourgeois, dans la mesure où *"rien n'empêche la demanderesse en tant qu'exploitant de différentes filiales d'étendre son activité commerciale sur le territoire du Grand Duché"*¹³.

Est encore recevable *"l'action intentée par un commerçant, bien que géographiquement éloigné de plusieurs dizaines de kilomètres de son adversaire, dès lors qu'ils sont des concurrents du moins potentiels alors que les moyens de locomotion actuels permettent à chaque client potentiel de se déplacer rapidement et à frais réduits vers les différents points de vente qui l'intéressent"*¹⁴.

De même qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait erreur véritable de la part du concurrent ou du consommateur mais simple possibilité d'induire en erreur, de même qu'il n'est

¹⁰ Jurisprudence constante, Pas. XXVIII, *La concurrence déloyale en jurisprudence luxembourgeoise*, n° 2

¹¹ Réf. Com. Lux., 02.07.84, Abbaye de Notre Dame d'Orval et consorts contre Association Agricole Luxlait, Pas. XXVIII, *La concurrence déloyale en jurisprudence luxembourgeoise*, n° 3

¹² Arrêt du 11 novembre 2004, Pas. XXXII, p. 513

¹³ Réf. Com. Lux., 01.12.86, Flash One Belgium / S.à.r.l Mini-Lab et Réf. Com. Lux. 01.12.86, Flash One Belgium / S.à.r.l Lux-Fast, Pas. XXVIII, *La concurrence déloyale en jurisprudence luxembourgeoise*, n° 4

¹⁴ Réf. Com. Lux. 05.07.88, Match Center S.A. / Discounter Viande-Vlees S.A, Pas. XXVIII, *La concurrence déloyale en jurisprudence luxembourgeoise*, n° 5; cf également Réf. Com. Lux 17.05.91, S.à.r.l Lux Façades / Entreprise Façades S.à.r.l, dénommée Facaden Lux, n° 6

pas nécessaire qu'il y ait répercussion économique réelle mais qu'il peut y avoir répercussion économique simplement potentielle¹⁵ préjudiciable au concurrent ou au consommateur, il n'est pas nécessaire qu'une faute intentionnelle soit prouvée pour que la publicité trompeuse constitutive de concurrence déloyale soit sanctionnée. Il peut y avoir faute en cas d'omission d'informer et il peut y avoir concurrence déloyale en l'absence de dommage causé.

Selon la jurisprudence,

"Il est actuellement admis en doctrine et en jurisprudence que la publicité susceptible d'induire le public en erreur demeurera interdite et passible de l'action en cessation, même si elle est le résultat d'une inadvertance ou d'une distraction, ou même d'une erreur de jugement commise de bonne foi.

D'une manière plus générale, de nombreux tribunaux soulignent expressément le fait que la concurrence déloyale n'implique pas la mauvaise foi et que la bonne foi du défendeur ne peut dégager sa responsabilité (cf Cour d'appel de Bruxelles 23 novembre 1953: "un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale peut être accompli par imprudence ou insouciance ou même par méconnaissance de la pratique loyale et honnête entre commerçants; il n'en reste pas moins fautif au sens de l'article 1382 du Code civil et interdit même s'il ne s'accompagne pas de tromperie consciente et voulue concernant un concurrent ou ses produits"^m16).

B. CHAMP D'APPLICATION ET CAS PRATIQUES

1. Champ d'application

Nous l'avons vu, si la Loi a supprimé l'énumération exemplative des actes de concurrence, le législateur a pris soin de la garder, et même de la compléter, dans ses travaux préparatoires.

Cette énumération donne un aperçu assez complet des pratiques de concurrence déloyale observées au Grand Duché de Luxembourg.

On sait – en tous cas, on le dit – que l'imagination des commerçants est sans limite quand il s'agit de trouver des moyens d'attirer le chaland, fût-ce aux dépens d'un concurrent. Mais il semble qu'au Luxembourg, il ait à chaque fois été rattrapé par le législateur dont la liste, somme toute, est assez complète. A notre connaissance, la jurisprudence ne fait état d'aucune pratique qui n'entrerait pas dans l'une des catégories listées par le législateur.

¹⁵ "La simple possibilité d'un préjudice suffit pour l'action en cessation. Cette possibilité de préjudice est virtuelle même si les produits des demanderessees sont introuvables ou rares sur le marché luxembourgeois, alors que rien ne s'oppose au fait que les demanderessees fassent leur apparition sur ce marché le moment voulu", Réf. Com. Lux, 02.07.84, Abbaye de Notre Dame d'Orval et consorts / Association Agricole Luxlait, Pas. XXVIII, *La concurrence déloyale en jurisprudence luxembourgeoise*, n° 3

¹⁶ Trib. Lux, 26 juillet 2002, inédit, LJUS n°99820722

Depuis l'entrée en vigueur de la Loi, qui a étendu son champ d'application aux professions libérales, aucune activité n'échappe désormais à la réglementation anti-concurrence déloyale.

2. Cas pratiques

Nous verrons ici que les commerçants luxembourgeois, si le législateur a pendant longtemps pris bien soin de les protéger des agressions de leurs voisins, ont tous comptes faits, de la ressource... Les cas cités ne sont pas célèbres mais, probablement, parlants.

Il reste encore, il est vrai, des commerçants qui tentent d'obtenir une décision de cessation quand ils voient s'installer à leurs portes des commerçants qui ont l'audace de vouloir vendre des produits identiques aux leurs¹⁷. Mais les juges voient aussi, et de plus en plus, arriver devant eux des justiciables dont la capacité d'imagination n'a rien à envier à leurs voisins allemands, belges ou français.

Et cela vaut même pour la vénérable Entreprise des Postes et Télécommunications, dont les moyens de défense, dans l'affaire que nous allons décrire¹⁸, valaient le détour.

Il était fait reproche à l'E.P.T. d'avoir communiqué à un client potentiel un tableau comparatif erroné sur les prix des appels téléphoniques facturés par elle-même et l'un de ses concurrents. Le tableau litigieux, d'abord, comparait ses tarifs 2003 et les prix pratiqués par son concurrent pendant l'année 2002, alors que ce dernier les avait révisés à la baisse en 2003. Mieux encore, ses prix étaient indiqués hors TVA alors que ceux de son concurrent l'étaient toutes taxes comprises.

L'E.P.T. a fait valoir que le fait d'avoir transmis par télécopie le tableau litigieux à son client potentiel ne constituait pas une publicité au sens de l'article 15 de la Loi. A l'appui de ce moyen, elle a argué du fait qu'elle ne s'était pas adressée de sa propre initiative à un grand public pour démarcher une clientèle, mais qu'un de ses employés trop zélé avait répondu à une demande précise d'un client en lui envoyant un document sans avoir eu l'autorisation de la direction.

Le tribunal a rejeté cette argumentation au motif suivant:

"Constitue une publicité, toute information, renseignement ou indication diffusé dans le but direct ou indirect de promouvoir la vente d'un produit ou d'un service, quel que soit le lieu ou le moyen de communication mis en œuvre et quel que soit le nombre de personnes auxquelles cette information est donnée.

Il est constant en cause qu'un employé de l'E.P.T. a transmis par télécopie un tableau comparatif sur les prix pratiqués pour divers appels téléphoniques par les parties au litige à (...) un client de l'E.P.T.

Il y a, partant, publicité (...)".

Pour tenter de convaincre le tribunal du fait que l'acte litigieux ne risquait plus de se reproduire, l'E.P.T. avait offert de prouver que le client, en réalité démarché par le concurrent, l'avait contactée pour en savoir plus sur ses tarifs, qu'il était extrêmement

¹⁷ Cf Trib. Lux, 27 novembre 2002, inédit, LJUS n° 99841843

¹⁸ Trib. Lux, 30 octobre 2003, inédit, LJUS n° 99844367

pressé d'avoir une réponse, probablement en raison du fait qu'il allait avoir une entrevue avec le représentant du concurrent, que l'agent qui avait le client en ligne s'est subitement rappelé que l'E.P.T. avait, pour ses besoins internes, des tableaux comparatifs des tarifs pratiqués par elle et son concurrent et qu'il avait cru bien faire en l'envoyant au client.

Le tribunal ne s'en est pas laissé conter et a jugé que:

"Les faits offerts en preuve ne permettent pas d'établir que l'acte incriminé n'est pas susceptible de se reproduire à l'avenir, le tableau litigieux étant susceptible d'être communiqué à d'autres clients potentiels par un employé de l'E.P.T., de sorte qu'il y a lieu de rejeter l'offre de preuve pour ne pas être pertinente et concluante".

Pour ce qui est du fond, l'E.P.T. a simplement fait valoir qu'elle avait commis une erreur dans l'établissement du tableau.

L'argumentation, là encore, n'a pas convaincu le tribunal:

"A cet égard, il importe peu de savoir si la fausseté de la comparaison est le résultat d'une erreur de l'E.P.T. ou de sa mauvaise foi.

Il est en effet admis en doctrine et en jurisprudence que la publicité susceptible d'induire le public en erreur demeurera interdite et passible de l'action en cessation, même si elle est le résultat d'une inadvertance ou d'une distraction, ou même d'une erreur de jugement commise de bonne foi. En effet, un acte de concurrence déloyale n'implique pas la mauvaise foi du défendeur et la bonne foi de celui-ci ne peut le dégager de sa responsabilité (DE CALUWE, Le droit de la concurrence, T.1: Les pratiques du commerce, 1^{er} volume, n° 180, p. 263; C.A. Bruxelles, 23 novembre 1953 cité par Gerhard SCHRICKER dans "La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la CEE", T. II, 1: Belgique Luxembourg, n° 114, p. 167 et 168)".

La demande formulée par le concurrent de l'E.P.T. a donc été déclarée fondée et la cessation de l'acte ordonnée.

Les juges ont également à connaître d'actes commis par des commerçants plus ouvertement filous que l'E.P.T. dans l'affaire que nous venons de voir, mais peut-être plus amusants.

Dans un arrêt¹⁹ rendu le 12 octobre 2005, la Cour d'appel de Luxembourg, a sanctionné un acte qui entrait parfaitement dans la définition de l'acte de concurrence déloyale posée par l'article 14 de la Loi mais dont on peut estimer qu'il entrait également, sans que le terme soit employé, dans la définition générale des actes de parasitisme, parasitisme entendu comme la condition de celui qui *"vit aux dépens d'un autre, lui portant préjudice mais sans le détruire"* (Robert).

Dans cette affaire, trois sociétés exploitant des magasins de ventes de bicyclettes et accessoires de cyclisme, que nous appellerons "Oscar vélos", "Théodore vélos" et "Sylvain vélos", reprochaient à un de leur concurrent, une société que nous appellerons "Walter vélos", d'avoir inséré ses nom, adresse et numéro de téléphone dans les "pages blanches" de l'annuaire téléphonique, sous les localités de Mersch, Echternach et Redange-sur-Attert (dans lesquelles les requérantes exerçaient

¹⁹ Dans le rôle n° 30232

respectivement leur commerce), en faisant précéder sa dénomination sociale respectivement de la lettre "O", de la lettre "T" et de la lettre "S".

Les requérantes estimaient qu'en faisant figurer ses références sur trois pages différentes de l'annuaire téléphonique, sous trois localités différentes, mais à chaque fois sur une page où figuraient les nom, adresse et numéro de téléphone d'un concurrent, Walter vélos avait tenté de semer la confusion dans l'esprit des consommateurs et de s'approprier la clientèle de ses concurrents.

En fait, la défenderesse n'avait pas seulement tenté de créer la confusion entre elle et ses concurrents dans l'esprit de la clientèle de ces derniers mais elle avait bel et bien tenté de profiter de la notoriété de ceux-ci pour attirer leur clientèle.

Les premiers juges n'avaient fait droit qu'à la demande de la société *Sylvain vélos*, qu'ils avaient estimé plus agressive que les deux autres essentiellement pour des raisons de proximité des insertions dans l'annuaire téléphonique.

Le juges d'appel ont été plus sévères:

"L'acte répréhensible, au sens de l'article 14 de la loi du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales, est un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, qui enlève ou est de nature à enlever une partie de la clientèle aux concurrents ou qui porte atteinte ou tente de porter atteinte à la capacité de concurrence.

Constitue un tel acte le fait pour une société commerciale de faire précéder sa dénomination sociale de la lettre initiale de la dénomination sociale d'une société concurrente dans le seul but de faire figurer ses propres coordonnées – dans les "pages blanches" de l'annuaire téléphonique – sous les localités où est exercé le commerce de ses concurrents.

En effet, en faisant précéder sa dénomination sociale des lettres "O", "T" ou "S", la changeant ainsi artificiellement, [Walter vélos], établie à Diekirch, a cherché – de manière déloyale – de se mettre directement en concurrence avec d'autres abonnés concurrents inscrits dans des localités où [Walter vélos] n'exploite aucun commerce de vélos.

Contrairement à ce qu'a dit le magistrat de première instance, ce procédé d'insertion ne constitue pas une simple astuce typographique qui n'est pas blâmable en soi; au contraire, la manière de procéder de [Walter vélos] est malhonnête et vise – sans nul doute – l'appropriation d'une partie de la clientèle de ses concurrents.

Peu importe que l'insertion litigieuse de [Walter vélos] figure – à la même page – dans la même colonne ou dans une colonne autre que celle de ses concurrents ou qu'elle est suivie ou précédée directement de l'inscription des autres abonnés.

Le procédé typographique tel que utilisé par [Walter vélos] constitue – à lui seul – un acte de concurrence déloyale qu'il y a lieu de proscrire".

DEUXIEME PARTIE RESPONSABILITE ET REPARATION

A. RESPONSABILITE: FONDEMENTS, CONDITIONS ET MISE EN OEUVRE

1. Fondements et conditions de mise en œuvre

Les fondements de la responsabilité pour concurrence déloyale sont, au Luxembourg, établis sur les valeurs classiques sur lesquelles repose, en général, la responsabilité civile.

On peut y voir l'expression du principe de transparence, de celui de bonne foi, on peut y voir le souci de la protection du consommateur ou de celle des commerçants eux-mêmes.

Officiellement en tout cas, la Loi "*a pour objet de protéger les intérêts du public en général et ceux des personnes exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en particulier, contre des actes de concurrence déloyale et d'établir des conditions dans lesquelles certaines pratiques commerciales sont licites*"²⁰.

Si les fondements juridiques de l'action en cessation ne reposent pas sur les articles 1382 et 1383 du Code civil mais sur la Loi, qui subordonne l'action en cessation à la possibilité d'un préjudice et non à l'existence d'un préjudice²¹, il n'en reste pas moins que la réparation n'est possible que si un dommage a effectivement été causé. C'est donc bien sur les règles de la responsabilité civile que se base l'action en réparation du dommage causé par un acte de concurrence déloyale.

La responsabilité est établie quand le demandeur peut démontrer l'existence d'un fait générateur, d'un dommage et d'un lien de causalité entre fait générateur et dommage. Cette responsabilité est purement civile.

Il n'est pas nécessaire, pour que la responsabilité soit donnée, qu'il y ait eu faute avec intention de nuire. La simple négligence ou la faute sans intention de nuire suffisent à engager la responsabilité de l'auteur d'un dommage.

Les juges ne s'écartent pas, en matière de responsabilité pour concurrence déloyale, des règles de preuve posées par le Code civil.

Sans entrer dans une description fastidieuse des différents modes de preuve proposés par les plaideurs et/ou admis par les juridictions ou de l'évolution du droit luxembourgeois en matière de preuve électronique, nous rappellerons simplement les principes fondamentaux régissant le droit de la preuve au Luxembourg:

"1. Libre établissement de la preuve (freie Beweisführung). Toute preuve peut être librement établie, par tous les moyens appropriés. Toute preuve peut être librement combattue par la preuve contraire. Il n'est, en principe, aucune preuve

²⁰ Exposé des motifs, p. 8

²¹ Cour d'appel, 26 novembre 2003, Pas. XXXII, p. 463

péremptoire qui aurait pour effet d'exclure la preuve contraire et d'entraîner obligatoirement la conviction du juge. (...)

2. Principe de l'intime conviction (freie Beweiswürdigung). L'appréciation de la valeur des preuves est abandonnée à la discrétion du juge. Le juge tient le fait pour prouvé lorsque cette conviction se dégage en son esprit sur la base de tous les éléments de preuve produits devant lui : c'est le système de l'intime conviction. Les exigences de l'intime conviction sont moins rigoureuses que celles de la preuve scientifique ; celle-ci exige une certitude irréfutable – or, cette exigence paralyserait le cours de la justice. C'est pourquoi le droit doit se contenter d'une certitude qui est non pas objective et expérimentale, mais simplement morale" (P. Pescatore, Introduction à la science du droit, n° 263).

Les moyens de défense utilisés pour répondre sont, également, tout ce qu'il y a de plus classique, étant souligné que la bonne foi du défendeur n'est pas un moyen de défense opérant.

2. Mise en œuvre et réparation

Il existe des mesures préventives à la diffusion d'une publicité trompeuse constitutive de concurrence déloyale. Il y a tout d'abord, même en l'absence de préjudice effectif mais à condition que l'action soit intentée par un concurrent, la possibilité de *l'action en cessation* prévue par la Loi.

Aux termes de son article 23,

"Le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale à la requête de toute personne, d'un groupement professionnel ou d'une association de consommateurs représentée à la commission des prix, ordonne la cessation des actes contraires aux dispositions des articles 1 à 22 de la présente loi, même en l'absence de preuve d'une perte ou d'un préjudice réel ou d'une intention ou d'une négligence de la part de l'annonceur.

L'action est introduite et jugée comme en matière de référé conformément aux articles 932 à 940 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Sont également applicables les articles 2059 à 2066 du Code Civil. (...)".

Signalons que si l'action est jugée *comme en matière de référé*, elle n'en présente pas les caractéristiques:

"Il est admis, en doctrine et en jurisprudence, qu'une des différences que présente la procédure de concurrence déloyale avec celle du référé ordinaire résulte précisément du fait que l'urgence n'est pas une condition de l'admission de l'action en cessation .

Par ailleurs, le magistrat saisi est appelé à trancher le fond du litige tandis qu'une ordonnance de référé habituelle ne vise que le provisoire"²².

²² Ordonnance du 25 avril 2001 dans l'affaire Entreprise des Postes et Télécommunications c/ M. e.a., précitée

En cas de violation de ces mesures préventives, des sanctions pénales sont prévues. Selon l'article 25 de la Loi, en effet:

"Tout manquement aux injonctions ou interdictions portées par une décision coulée en force de chose jugée prononcée en vertu de l'article 23 est puni d'une amende de 251 euros à 120.000 euros.

Sont punis des mêmes peines:

- *ceux qui ont contrevenu aux dispositions des articles 3, 4 et 5 alinéa 3;*
- *ceux qui ont contrevenu aux articles 7.1, 7.3, 7.4, 9.1, 9.3, 10 et 11 de la présente loi;*
- *ceux qui ont pratiqué une vente aux enchères publiques de biens neufs en ne respectant pas les conditions de l'article 13;*
- *ceux qui ont contrevenu aux dispositions des articles 14 à 22.*

Indépendamment de l'action publique, la cessation de tout acte contraire à ces dispositions peut être ordonnée par le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et statuant comme il est dit à l'article 23 susmentionné. La cessation ordonnée par ce magistrat prend toutefois fin en cas d'acquiescement irrévocable par le juge pénal.

Les personnes, les groupements professionnels ou les associations de consommateurs représentatives visés à l'article 23 sont recevables à se constituer partie civile devant les juridictions répressives relativement aux faits portant un préjudice à leurs intérêts particuliers ou collectifs."

Il peut évidemment y avoir combinaison de ces mesures préventives avec des mesures punitives prises *a posteriori* dans l'hypothèse où ces mesures préventives ne seraient pas respectées.

Outre les sanctions pénales décrites à l'article 25 de la loi, il reste la possibilité de procéder par voie d'action civile afin de mettre en cause la responsabilité civile de l'auteur de l'acte de concurrence déloyale.

Il n'existe pas en revanche de procédure accélérée de mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur de la concurrence déloyale.

Il n'existe pas non plus d'institutions ni d'organes, privés ou publics, en dehors des tribunaux ordinaires, devant lesquels des actions peuvent être intentées.

L'action ordinaire ouverte au demandeur est l'action en cessation, ci-dessus décrite ainsi que l'action en responsabilité civile portée devant la juridiction civile ou commerciale ordinaire.

Si, en principe, le demandeur a la charge de la preuve – les moyens de preuve admis restant les moyens classiques –, le législateur a jugé bon, en matière de publicité trompeuse ou de publicité comparative illicite, de permettre au juge d'appliquer un renversement de la charge de la preuve.

L'article 23 dispose en effet que:

"En cas de publicité trompeuse ou de publicité comparative illicite, le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale peut:

- a) exiger que l'annonceur apporte des preuves concernant l'exactitude matérielle des données de fait contenues dans la publicité si, compte tenu des intérêts légitimes de l'annonceur et toute autre partie à la procédure, une telle exigence paraît appropriée au vu des circonstances du cas d'espèce, et dans le cas de la publicité comparative, exiger que l'annonceur fournisse ses preuves à bref délai;*
- b) considérer des données de fait comme inexactes si les preuves exigées conformément au point a) ne sont pas apportées ou sont estimées insuffisantes."*

Selon le législateur qui, ce faisant, s'est conformé aux directives européennes de 1984 et de 1997, *"il s'agit là d'une innovation tout à l'avantage du commerçant lésé ou du consommateur trompé qui souhaite intenter une action en cessation et qui désormais ne reculera plus devant la difficulté d'apporter au moins un début de preuve quant à la fausseté des allégations en cause dans ladite publicité. La tâche du juge sera également facilitée. Enfin, ce renversement de la charge de la preuve devrait avoir un effet préventif en ce sens qu'il entraînera une diminution des publicités à risque"*²³.

Or, nous l'avons vu, la publicité trompeuse et la publicité comparative illicites sont sanctionnées pénalement. Et comme l'ont fort justement relevé deux auteurs français, le principe de la présomption d'innocence, notamment consacré par l'article 6.2 de la Convention européenne des droits de l'homme, *"constitue un obstacle rédhibitoire à toute inversion prétorienne de la charge de la preuve en matière pénale"*²⁴.

Si, à notre connaissance, cette possibilité de renversement de la charge de la preuve n'a pas encore été mise en œuvre par le juge luxembourgeois, il y a tout lieu de supposer que toute velléité de le faire se verra opposer le principe de la présomption d'innocence. En pratique, et à défaut pour le législateur luxembourgeois d'avoir précisé que les sanctions pénales sont exclues lorsque le juge a fait fruit de la possibilité qui lui est donnée par l'article 23 de la Loi d'inverser la charge de la preuve, le juge se voit donc interdit de procéder à ce renversement de la charge de la preuve.

Quand le défendeur à l'action est une personne morale, c'est, en principe, son représentant légal qui la représente. Ce représentant légal est – pour ce qui est des sociétés les plus courantes – le conseil d'administration dans les sociétés anonymes, et le gérant dans les sociétés à responsabilité limitée. Mais rien n'empêche ces représentants légaux de déléguer, pour l'une ou l'autre affaire, la défense de la société à une personne en particulier qui pourrait, en effet, être un associé. Ceci dit, même si, en matière d'action en cessation, la représentation par un avocat n'est pas obligatoire, il est extrêmement rare que les commerçants choisissent de se défendre seuls. En principe donc, la société est, judiciairement représentée par un avocat.

S'il est possible qu'une action en cessation et une action en responsabilité civile soient intentées simultanément, il n'est en revanche pas admis que la sanction d'un acte de contrefaçon soit demandée au juge de la concurrence déloyale.

²³ Exposé des motifs, p. 12

²⁴ Robert Saint-Esteben et Jean-Daniel Bretzner, *La charge de la preuve en matière de publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur*, D. 2006, Chr. 1610

Pour ce qui est des marques en tout cas, et alors que la loi uniforme Benelux sur les marques, qui régit la matière au Luxembourg, n'interdit pas expressément le recours aux règles de la concurrence déloyale, la jurisprudence est en effet en ce sens que *"les actes de contrefaçon de marque relèvent de l'application exclusive de la législation spéciale y relative et sont étrangers au champ d'application du règlement grand-ducal du 23 décembre 1974 sur la concurrence déloyale. Il s'ensuit que le président du tribunal de commerce n'a pas compétence pour ordonner la cessation de tels actes"*²⁵.

Plutôt que de disséquer les textes applicables à la contrefaçon des autres droits privatifs protégés par le droit luxembourgeois, examinons les explications données par la Cour de cassation belge, à laquelle se sont référés les juges luxembourgeois dans la décision précitée, en faveur de la solution du non cumul des actions:

"Attendu que la doctrine et la jurisprudence font une distinction très nette entre la concurrence déloyale et la contrefaçon de marque de fabrique; que cette dernière ne peut donner ouverture à l'action en concurrence déloyale basée sur l'article 1382 du Code civil;

Qu'en effet, ou bien la marque a été déposée, et alors elle se trouve protégée par les actions prévues par la loi du 1^{er} avril 1879, ou bien elle n'a pas été déposée, et nul ne peut prétendre à un droit privatif sur elle, ne peut fonder sur sa contrefaçon une action en justice;

Que, certes, des faits de concurrence déloyale, qui accompagnent une contrefaçon de marque de fabrique, ne cesseraient pas pour cela de pouvoir être atteints par application de l'article 1382 du Code civil, mais que ce serait ruiner les principes légaux de la protection des marques de fabrique que d'admettre que la contrefaçon elle-même soit réprimée conformément à cet article, sous la qualification de concurrence déloyale, sans égard aux dispositions de la loi du 1^{er} avril 1879;

(...)

Qu'au contraire, (...) la définition de l'acte de concurrence déloyale insérée dans l'article 1^{er} de l'arrêté a été empruntée à la Convention d'Union de Paris, du 20 mars 1883 (...); que cette définition est, en effet, celle que la Convention d'Union donne à la concurrence déloyale, dans son article 10bis; que cette convention traite ailleurs en détail des questions relatives aux marques de fabrique et qu'elle ne tient point que ce soit la concurrence déloyale qui doit assurer la protection des marques de fabrique;

(...)

Attendu que si, dans l'énumération exemplative d'actes de concurrence déloyale reprise à l'article 2 de l'arrêté royal, il est question de marques ou de marques de fabrique, on constate que ce que le Gouvernement a eu en vue, ce sont des actes incorrects autres que des contrefaçons, le fait, par exemple, d'user d'une marque de fabrique dont on serait propriétaire mais qui induirait en erreur sur l'origine de la marchandise; qu'il est significatif qu'à aucun endroit (...) n'apparaît le mot "contrefaçon";

²⁵ Cour, 9 juillet 1975, Pas. XXIII, p. 181; voir également, Trib. Lux, 20 juillet 2001, inédit, LJUS n° 9981953

Attendu que si l'on admettait que l'action en cessation organisée par l'article 1^{er} de l'arrêté royal peut aboutir à l'ordre de cessation d'une contrefaçon de marque de fabrique, il faudrait admettre aussi que le président du tribunal de commerce pourrait ordonner la cessation d'une contrefaçon de brevet; qu'en matière de brevet, cet ordre de cessation impliquerait la solution de questions que la loi a réservées au tribunal civil; que si les auteurs de l'arrêté royal avaient entendu réaliser pareille innovation, ils l'auraient dit (...)"²⁶.

Ce raisonnement étant transposable à tous les droits de propriété industrielle²⁷ visés par la Convention d'Union de Paris, on peut en déduire que, d'une manière générale, le droit luxembourgeois s'oppose à ce qu'un acte de contrefaçon soit sanctionné sur base des règles applicables à la concurrence déloyale.

B. FORME DES REPARATIONS

Le grand principe en matière de responsabilité civile est celui de la réparation intégrale du préjudice. La partie lésée doit être mise dans la même situation que celle dans laquelle elle se serait retrouvée au jour où la réparation est ordonnée si la faute n'avait pas été commise.

Le préjudice est à réparer *in concreto*. Tant le préjudice matériel que le préjudice moral ou intellectuel sont réparables. Le droit luxembourgeois est, en la matière, calqué sur le droit français de la responsabilité.

Mais la jurisprudence a bien pris soin de préciser ce qui suit:

"En droit français, le question de la cessation d'actes de concurrence déloyale est régie par les articles 1382 et 1383 du Code civil, de sorte qu'en l'absence de préjudice aucune cessation ne pourra être ordonnée.

Dès lors, la jurisprudence française a, pour assurer le succès d'actions en cessation d'actes de concurrence déloyale, fait preuve de souplesse en ce qui concerne l'exigence de l'existence d'un préjudice.

En droit luxembourgeois, cette question de la cessation d'actes de concurrence déloyale n'est pas réglée par les articles 1382 et 1383 du Code civil, mais par la loi du 30 juillet 2002 relative aux pratiques commerciales, à la concurrence déloyale et à la publicité trompeuse qui subordonne l'action en cessation à la possibilité et non à l'existence d'un préjudice.

Pour assurer en droit luxembourgeois le succès de l'action en cessation d'actes de concurrence déloyale, il n'est donc pas nécessaire d'assouplir les conditions d'application des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Pour pouvoir prospérer dans sa demande, la société X devra donc prouver l'existence d'un préjudice certain se trouvant en relation causale directe avec la faute invoquée, faute qui n'implique pas la preuve d'un préjudice.

La société X devra plus précisément prouver – en ce qui concerne le détournement de clientèle allégué – que des personnes, voulant seulement

²⁶ Cass., 16 mars 1939; Pas. B. 1939. I. 150

²⁷ Pour ce qui est du droit d'auteur, voir Cour d'appel, 30 janvier 2001, rôle n° 25216, inédit

acheter des produits de marque A dans une boutique vendant exclusivement de tels produits, ont erronément, en consultant l'annuaire téléphonique sur papier, cru que la société Y est une telle boutique, que dès lors, au lieu de s'adresser pour leurs achats à la société X, elles se sont adressées à la société Y et y ont effectué leurs achats"²⁸.

Autant dire la difficulté de l'opération...

On a vu une affaire²⁹ où la Cour d'appel, bien qu'elle ait admis l'existence d'une faute de la part des associations défenderesses, a débouté l'association demanderesse en raison de l'impossibilité pour elle d'établir son préjudice.

Dans cette affaire, les défenderesses avaient établi, à l'attention de leurs membres, un système dont le fonctionnement était par ailleurs très exactement décrit à l'article 17 l)³⁰ de la loi de 1986 sur la concurrence déloyale. L'appartenance à l'une ou l'autre des associations défenderesses permettait en effet à leurs membres de bénéficier de réductions de prix auprès de commerçants participant à l'organisation mise en place. Estimant qu'un tel système portait préjudice à ses intérêts, l'association demanderesse, dont l'objet social réside dans la préservation des intérêts professionnels, matériels et moraux de ses membres et de la profession commerciale en général, avait intenté une action judiciaire dans le but de voir ordonner la cessation de l'activité incriminée et réparer le préjudice par elle subi du fait de leurs agissements fautifs.

Il était établi que le système mis en place avait fonctionné, et donc qu'il y avait eu dommage, même s'il était difficilement quantifiable. Mais la Cour d'appel, refusant même la réparation symbolique, n'en a pas moins décidé que:

"En l'espèce, si la faute des appelantes se trouve clairement dégagée au vu des développements des juges de première instance, auxquels la Cour s'est ralliée, il reste que l'existence d'un dommage propre - qu'il soit d'ordre moral ou d'ordre matériel - dans le chef de la demanderesse originaire n'est pas donnée. (...)

L'action de la demanderesse originaire, à défaut de préjudice rapporté, est dès lors à déclarer d'ores et déjà non fondée, de sorte qu'il devient superflu d'examiner les autres moyens d'appel soulevés, tenant à la réparation".

La Cour de cassation, estimant qu'en décidant ainsi, les juges du fond avaient exercé leur pouvoir souverain d'appréciation, n'a rien trouvé à redire à cette décision.

Les dommages et intérêts, quand ils sont alloués, sont uniquement compensatoires et il n'existe pas, au Luxembourg, de dommages et intérêts dits "restitutifs", c'est-à-dire permettant d'indemniser la victime à concurrence du bénéfice obtenu par le défendeur grâce à sa faute. Le préjudice indirect est également compensé et peut être un préjudice par ricochet.

Certains principes permettront de comprendre comment sont calculés, au cas par cas, ces dommages et intérêts compensatoires:

²⁸ Cour d'appel, 26 novembre 2003, n° 27151 du rôle, B.I.J. n° 5/2004, p. 84

²⁹ Cour d'appel, 29 novembre 1995, rôles 16 284 et 16 297, inédit

³⁰ "Commet un acte de concurrence déloyale notamment celui qui(...) offre, annonce ou accorde des réductions de prix sur l'acquisition de marchandises à des acheteurs en leur qualité de membres de groupements ou d'associations, que ces acheteurs agissent soit directement, soit par personne interposée ou par d'autres voies indirectes ou détournées"

- prohibition d'une indemnisation en deçà ou au-delà du préjudice
- interdiction des condamnations de principe
- interdiction de se référer à des barèmes
- interdiction de la prise en considération de la gravité de la faute pour fixer l'indemnité
- interdiction de cumuler des indemnités réparant le même préjudice
- limitation de la réparation à ce qui est nécessaire pour replacer la victime dans l'état dans lequel elle se trouvait avant le sinistre³¹.

En fait, et de la même manière qu'en France, la matière est surtout caractérisée par les difficultés d'évaluation du préjudice, la perte de clientèle subie en raison, et en raison seulement, de l'acte de concurrence déloyale étant difficile à quantifier.

La jurisprudence luxembourgeoise est en ce sens que la victime a l'obligation de modérer son dommage en prenant toutes les mesures raisonnables à cet effet³².

Seules les victimes et leurs ayants-droit peuvent être bénéficiaires des dommages-intérêts compensatoires.

Ni la loi ni la jurisprudence luxembourgeoises ne prévoient la possibilité d'allouer à une victime des dommages et intérêts punitifs. D'une façon générale, le droit de la responsabilité civile est dominé par le principe de la réparation intégrale du préjudice, en ce que les dommages et intérêts doivent couvrir l'intégralité du dommage souffert, mais seulement le dommage souffert. Cela exclut donc les dommages et intérêts punitifs.

En cas de pluralité d'auteurs d'un dommage unique et indivisible, chacun est, en général, réputé avoir causé l'entier dommage et tous sont responsables *in solidum* à l'égard de la victime.

Il existe d'autres mesures de réparation en plus des dommages et intérêts.

L'article 26 de la loi prévoit en effet que les tribunaux pourront prononcer, en cas de condamnation, l'insertion dans les journaux ou l'affichage de la décision.

Dans l'affaire de publicité comparative déloyale, citée plus haut, le concurrent de l'Entreprise des Postes et Télécommunications avait demandé au tribunal d'ordonner l'affichage de la décision à l'extérieur des installations de vente de l'E.P.T., ainsi que la publication intégrale sinon partielle de l'ordonnance à intervenir à trois reprises et à une semaine d'intervalle dans les deux journaux luxembourgeois à plus grand tirage.

Le tribunal, estimant la demande "*démesurée par rapport aux manquements constatés*", l'en a débouté.

On peut donc supposer que le juge considère ces mesures comme des mesures punitives, fonction de la gravité des manquements constatés. Mais rien ne l'empêche de leur donner un caractère préventif et d'en faire usage pour dissuader ceux qui se laisseraient tenter par l'utilisation de moyens déloyaux pour évincer leurs concurrents.

³¹ cf. Georges Ravarani, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 2^e éd. no 1483 et ss

³² cf. Ravarani, no 1092

CONCLUSION

Mieux vaut prévenir que guérir, dit on. Le proverbe n'a jamais été plus vrai que dans la matière de la concurrence déloyale. Car s'il est aisé – du moins en théorie – d'obtenir la cessation d'un acte de concurrence déloyale, mieux vaut s'en contenter et ne pas poursuivre la réparation d'un dommage dont on aura bien du mal à faire apprécier la consistance réelle. Mais, après tout, pourquoi permettre plus généreusement dans cette matière que dans une autre la réparation d'un dommage non prouvé? L'essentiel est avant tout de faire cesser les actes litigieux et de faire en sorte que la paix règne. *Tout est pour le mieux donc dans le meilleur des mondes possibles...*

Luxembourg, août 2006.